

בעניין: 1. מ _____ אבו ג'מל, ת"ז _____

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

3. Addameer – Prisoner Support and Human Rights Association

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל – רשיון מספר 11864

ו/או עו"ד מוחמד מחמוד – רשיון מספר 38848

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148

ה ע ו ת ר י ם

נגד

מפקד פיקוד העורף

ע"י פרקליטות המדינה

ה מ ש י ב

ע ת י ר ה ל מ ת ן צ ו ע ל ת נ א י ו צ ו ב י נ י י ם

בית המשפט הנכבד מתבקש לזמן את המשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 נגד ביתו של עותר מספר 1, כפי שיפורט להלן.

כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו האוסר כל פעולה מטעם המשיב או מי מטעמו כנגד בית עותר מספר 1 עד לסיום ההליכים בעתירה זו.

העתק העתירה מועבר, יחד עם הגשתה לבית המשפט הנכבד, לידי פרקליטות המדינה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. עותר מספר 1 (להלן: העותר) הינו אחיו של ג' _____ אבו ג'מל אשר ביצע פיגוע ביום 18.11.2014 בבית כנסת בשכונת הר נוף, ירושלים, בו נהרגו ונפצעו אנשים ביניהם הוא עצמו.

ב. הדרך בה בחר אחי העותר מנוגדת לכל הערכים והעקרונות בהם מאמין העותר ומשפחתו ואשר לפיהם גדלו בני המשפחה. העותר ובני משפחתו מתנגדים לכל פעילות אלימה וחבלנית וכל פגיעה באזרחים חפים מפשע. לו היה יודע לעותר או למי מן דיירי הבית על כוונותיו של המפגע הם היה עושים את הכל כדי לעצור בעדו.

ג. דירת המפגע בקומה שנייה והוא היה גר בה יחד עם אשתו וילדיו. מתחת לדירתו דירת אחיו, _____, הכוללת חדר, שירותים ומטבח. לידו, בקומת קרקע, דירת ההורים בת 3 חדרים, מטבח

ושירותים. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ד. ביום 20.11.2014 נמסרה הודעה לעותר לפיה בכוונת המשיב להרוס את הבית בו התגורר המפגע. ניתנה התרעה של 48 שעות, עד לשבת, 22.11.2014, שעה 18:13, להגיש השגה כנגד ביצוע ההריסה. ד. ביום 21.11.2014 פנה ב"כ העותרים אל המשיב וביקש אורכה בת 24 שעות להגשת ההשגה, דהיינו עד ליום 23.11.2014 שעה 12:00. המשיב נעתר לבקשה אך דרש הגשת השגה עד לשעה 10:00.

ה. ההשגה נדחתה וביום 24.11.2014 הודיע המשיב כי בכוונתו להרוס חלקים מהמבנה בו התגורר המפגע, כולל שירותים, מקלחת, מטבח, חלק מפרוזדור ושלושה חדרים. עוד על פי התרשים עולה כי בכוונת המשיב לפוצץ חלקים אלה, דבר אשר בוודאי ייגרום לנזקים לאזורים אחרים של הבית. לטענת העותרים, הבטחתו של המשיב בדבר אי גרימת נזק לחלקים אחרים של המבנה הינם השערות בלבד. העתק ההשגה והתשובה רצ"ב ומסומן באותיות ע' 2 וע' 3. העתק צו ההריסה רצ"ב ומסומן באות ע' 4. העתק תשריט חלק מהמבנה רצ"ב ומסומן באות ע' 5.

טענות העותרים

2. א. טענתו היחידה של המשיב אשר בעיניו, ובעיני בית המשפט הנכבד הזה, מצדיק הפעלתה של תקנה דרקונית זו היא "הצורך ליתן מענה ראוי לביטחון המדינה ושלומו אזרחיה ותושביה".
- ב. אין ספק שיש צורך במתן מענה ראוי למצב השורר כיום בארץ והשאלה העומדת בפני בית המשפט הנכבד הזה היא האם האמצעי שנבחר עומד במבחנים המשפטיים הפנימיים והבינלאומיים. לטענת העותרים, ברור הוא שהאמצעי של הריסת בית של משפחתו של המפגע – כאשר אין בידי המשיב ראיה, ולו ראיה מנהלית, שמי מקרב המתגוררים בבית היה מעורב בביצוע הפיגוע - אינו עומד בשום צורה שהיא במבחנים אלו.
2. העותרים טוענים כי השיח המשפטי הפנים ישראלי סביב השאלת חוקיותה של תקנה 119 הינו למעשה בניית מבנה משפטי מותאם לאמצעי ולתוצאותיו.

3. א. המשיב טוען כי המטרה הראויה בגינה מוצדק להעפיל את תקנה 119 היא הרתעתם של מפגעים עתידיים ובכך מניעת פיגועים עתידיים. על פי הנטען, המפגע העומד לצאת לפעולה ישקול האם כדאי לו לעשות כן כי, בין תוצאות הפיגוע, לאחר מותו, בית משפחתו ייחרס. הטיעון משולל כל בסיס עובדתי.

ב. לטענת העותרים אין כל אמצעי היכול לקבוע האם הנחה זו מבוססת אם לאו.

ג. העותרים טוענים כי האמצעי אותו בחר המשיב נכפה עליו על ידי ראש הממשלה אשר הכריז בפומבי כי יש להרוס את הבתים. ביום 18.11.2014 דובר ראש הממשלה פרסם את הדברים הבאים:

“ראש הממשלה בנימין נתניהו כינס התייעצות ביטחונית בלשכת רה”מ בירושלים ...

בדיון הנחה ראש הממשלה להרוס את בתי המחבלים שביצעו את הפיגוע

היום ולקדם את הריסת בתי המחבלים שביצעו הפיגועים האחרונים. ...”

העתק הפרסום רצ”ב ומסומן באות ע’ 6.

ד. לטענת העותרים האמצעי פסול בהיותו מודרך משיקול זר, המונחה על ידי הדרג המדיני. כפי שמפורט בנספח ע’ 4 הנ”ל. גל התגובות הבינלאומיות להנחיה זו מבטא את סלידתו של העולם הנאור לאמצעי פסול זה. בעיני הכול, האמצעי הוא ענישה של דיירי הבית ללא עוול בכפם, ללא הוכחת אשמתם, ללא הוכחה של כל קשר סיבתי מלבד קשר הדם. ראה, לדוגמה:

<http://www.hrw.org/news/2014/11/21/israel-stop-punitive-home-demolitions>

<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=49437#.VHTeB4uUeSo>

<http://www.theatlantic.com/international/archive/2014/11/can-israel-deter-attackers-by-demolishing-their-homes/382945>

http://www.nytimes.com/2014/11/20/world/middleeast/israel-demolishes-family-home-of-palestinian-driver-who-killed-2-pedestrians.html?_r=0

ה. במקרה דנן, המדובר במפגע תושב הכפר ג’בל מוכאבר. אין ספק שהיה ידוע לו, כבן הכפר, שהמדינה הורסת בתיים של משפחות של מפגעים, גם תושבי מזרח ירושלים. הרי עוד לפני גל ההריסות הנוכחי והנחיתו של ראש הממשלה, ביתם של משפחת אבו דהים, הנמצא בכפר ג’בל מוכאבר, נאטם כמעט לחלוטין. ראוה: בג”צ 9353/08 אבו דהים נ’ אלוף פיקוד העורף.

כלומר, גורם ההרתעה לא השפיע על המבצע ובן דודו במקרה דנן.

4. ביום 13.12.2014 התקיים דיון בבג”צ 7733/04 מחמוד עלי נאסר ואח’ נ’ מפקד כוחות צה”ל בגה המערבית אשר עניינו שימוש בתקנה 119 נגד בתיים של תושבי השטחים המוחזקים. בית המשפט הקשה על נציג פרקליטות המדינה עם שאלות נוקבות בדבר השימוש בתקנה כה דרקונית וחטיח בו אותן השגות שהועלו ע”י העותרים – שם כמו בכל התיקים הקודמים באותו נושא. הדיון נדחה לפרק זמן של 90 יום; הוקמה ועדה צבאית אשר הגיעה למסקנה “כי בשום מקרה לא הוכח שהריסת הבתים

ותביא להפסקת מעשי טרור או להפחתתם בצורה משמעותית כלשהי" כדברי השופט (בדימוס) אמנון סטרשנוב, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי ונשיא בית המשפט הצבאי ברמאללה. ("מעבר לשיקולי ביטחון", "הארץ", 21.2.2005).

הוועדה קבעה, בין היתר, כי השימוש בתקנה 119 מגביר את השנאה, מעמיק את קווי הסכסוך ומדרבן ביצוע פיגוע נקם נוסף.

5. "אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת

בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם." בג"צ

4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית,

סעיף 17 לפסק הדין.

על פי התשריט המצ"ב לצו ההריסה, נספח ע' 5, כוונתו של המשיב להרוס קומה שלמה בפיצוץ.

העותר חושש מהנזק שייגרם ליתר חלקי הבית במידה וההריסה תבוצע.

6. בית משפט הנכבד הזה קבע לא פעם כי למעשה המדובר בתקנה אשר מטרתה אינה עונשית. ההבחנה

בין התכלית המוצהרת על ידי המשיב - ההרתעה, והתוצאה - ההריסה הינה הבחנה מלאכותית.

תכלית התקנה היא ענישה. תימוכין לכך שהבחנה זו מלאכותית יש במקומה של תקנה 119 בקובץ

התקנות. התקנה, פרי עטו של המחוקק הבריטי אשר לא בחל במילים, רשומה תחת הכותרת "חלק

"ב-הוראות עונשיות שונות", ובמקור Part XII.- Miscellaneous Penal Provisions, בעמ' 50.

אין ספק כי המדובר בענישה, ענישה קולקטיבית, של חפים מפשע.

העותרים טוענים כי ענישת המשפחה הינה פסולה על פי כל אמות מידה. אין כל ראייה הקושרת את

בני המשפחה לביצוע המעשה מלבד קשר דם.

א. למרות השימוש הנרחב שנעשה בתקנה 119, משנת 1937 על ידי הבריטים, עת שהממלכה הייתה

הריבון בשטח ועל ידי המשיב ומפקדי השטחים הכבושים, לא ניתן לקבוע כי הטרור פסק לא

בפלסטינה עובר לעזיבתה של בריטניה הגדולה ולא בימי המדינה בתחומיה או בתחומים תחת

שליטתה.

ב. העותרים טוענים כי המציאות וההיסטוריה מלמדות כי הריסת בתים אינה מפסיקה פעולות טרור –

ושימוש של המשיב בטענה שהרתעת המפגע הפוטציאלי העתידי היא מטרה ראויה הינה אחיזת

עניים.

ג. להריסת הבתים מטרה מובהקת אשר הינה סיפוק התאוה לנקם. את זה ניתן להבין מניסוח

הנחייתו של ראש הממשלה, נספח ע' 6.

7. א. העותרים טוענים כי יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנה ברוח ההוראות שבחוק-יסוד: כבוד

האדם וחירותו. אנו מפנים לדברי כבוד הנשיא ברק (בדימוס) בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, כפי

שצוטט בדנ"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4), 485.

“עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך תושג הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול דעת מינהלי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה, צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד”.

ב. העותרים טוענים כי החלטתו של המשיב אינה בהתאם לרוח חוק היסוד, ופוגעת מעבר לנדרש באנשים אשר חטאם היחיד הוא קשר דם.

8. העותרים טוענים כי השימוש בתקנה 119 אינו מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית:

“ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר ציווה ה' לאמור לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת)”. (מלכים יד, ה-ו) כפי שצוטט ע”י כבוד השופט חשין בבג”צ 2722/92 אלעמרינ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת עזה פ”ד מו (3) 693, בעמ’ 706 מול האות א’.

העותר ובני משפחתו אינם אחראים למעשיו של בן המשפחה, המפגע.

9. בבג”צ 7015/02 עג’ורי נ’ מפקד כוחות צה”ל נקבע, בין היתר:

“27. האם רשאי המפקד הצבאי, שעה שהוא מחליט על תיחום מקום המגורים, לשקול שיקולים שעניינם הרתעת הרבים? כפי שכבר ראינו, ביסוד האמצעי של תיחום מקום המגורים עומד הסיכון הנובע מהאדם עצמו אם מגוריו לא יתוחמו, והרתעתו שלו עצמו בדרך של תיחום מקום מגוריו. המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד.”

בית המשפט הנכבד הזה כבר פסל את התכלית של "הרתעה כללית" כאשר המדובר בתיחום מקום מגורי קרובי משפחה של מפגע. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי גם במקרה דנן התכלית של הרתעה כללית הינו פסול.

10. לחילופין, העותרים טוענים כי דרך הפעלת הסמכות אינה מידתית. בקובעו כי רצונו להרוס – מלבד חדרו של המפגע – גם חדר השירותים, המקלחת והמטבח ועוד שני חדרים בשימושם של יתר בני המשפחה בת עשר נפשות – המשיב אינו פועל בהתאם למבחן המידתיות.
11. על פי נוסחה של תקנה 119 –

"מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מקפד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר

הבטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ..."

מהרגע שהמשיב, אלוף פיקוד העורף, יחליט להחרים ולהרוס חלקים מהבית, הוא ימנע משר הבטחון לשקול הפעלת סמכות זו, המחילה, שניתנה לו על פי דין. העותרים טוענים כי לא ניתן לבצעו פעולה אשר ברור מלהתחילה כי היא תמנע הפעלת סמכותו של השר במועד עתידי.

12. העותרים טוענים כי אין לשריד זה מתקופת המנדט מקום בספר החוקים במדינה יהודית ודמוקרטית. השימוש בתקנה פוגע בחפים מפשע אשר אשמתם לא הוכחה; וגם לא נטען בכלל שהם אשמים. יש טעם לומר את הדברים באופן ברור: המדובר בפעולה אשר מטרתה העיקרית היא נקמה. קולות הרחוב והממסד דורשים זאת ולכן נענה ראש הממשלה לקריאות נקם, נספח ע' 6. אלו שיקולים זרים.
13. אנו מפנים לדעת מיעוט בבג"צ 2722/92 אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מו(3), 693 בעמ' 705 ואילך:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות-היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות-היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שיתנו רוח חיים בפירוש דבריי חוק אלה ואחרים. ראה והשווה, למשל: בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 625, 617 ואילך (מפי השופט ברק).

כך היה מאז קם המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשנית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סע' 3 לחוק) וכי "אין פוגעים בזכויות שלפי

חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראוייה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סע' 8 לחוק).

14. לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המדובר במעשה שנובע גם מייאוש וחוסר אונים לאור המצב העגום וחוסר תקווה של תושבי הקבע של מזרח ירושלים. אלו מצידם עשויים להוביל אף לאובדן שפיות הדעת.

15. השימוש בתקנה 119 במסווה של "הרתעה" הנו פיקציה, הכחשה מוחלטת של המציאות במדינת ישראל. למשיב אמונה עיוורת שהפגנת כוח אכזרי נגד מגזר מסויים בתוך מדינת ישראל תביא לכניעתו. הפעלת תקנה 119 מתעלמת מכל נורמה משפטית מקובלת ב"עולם הנאור" כי למדינת היהודים, "אור לגויים", מערכת ערכית משלה.

16. אי התערבותו של בית המשפט העליון בנעשה ע"י המשיב בהפעלתו את תקנה 119 עושה פלסטר מנורמות בינלאומיות מקובלות. מעמדם של ערכים אוניברסאליים בדין הבינלאומי הסולדים מעונש קולקטיבי, פגיעה ברכוש הפרט, ענישה של האחר, בשל אי יכולתה של המדינה להעניש את המבצע המת, הם חלק מאותן נורמות – מקובלות בעולם הנאור, אך לא במדינת ישראל – הנחשבת בעיני עצמה "אור לגויים".

א. מעמדו של הדין הבינלאומי המנהגי במערכת המשפט הפנימית של ישראל הוכר ע"י הפסיקה כמקור לקביעה שיש לפסול את השימוש בעינויים נגד נחקרים. כפי שנקבע ע"י בית המשפט העליון בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיוניים נ' מ"י, פ"ד נג(4) 817, בעמ' 836:

"כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה (השוו: בג"צ 355/79

קטלן נ' שירות בתי הסוהר [15], בעמ' 298; [ענ"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר](#)

[16]). מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר

ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא

אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment).

(ראו: M.D. Evans, R. Morgan *Preventing Torture* [43], at p. 61; N.S. Rodley

The Treatment of Prisoners under International Law [44], at p. 63). איסורים

אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות

כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה."

ב. בית משפט העליון פסק שוב שיש לקחת בחשבון את הכלים שבדין הבינלאומי המנהגי במסגרת ד"נ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721 עת שנספק כלהלן, בעמ' 43-742:

"20. שנית, החזקתם של בני-אדם כ"בני ערובה" – ומושג זה

כולל בחובו גם החזקתם של בני-אדם כ"קלפי מיקוח" – אסורה היא על-פי

המשפט הבינ-לאומי (ראו: סעיף 1 לאמנה הבינ-לאומית נגד לקיחת בני ערובה (International Convention against the Taking of Hostages, 1979 [51]); סעיף 34 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). אכן, מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבינ-לאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינ-לאומי ולא לעמוד בסתירה להן (ראו [ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) [19]). ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבינ-לאומי הפומבי ובין החוק המקומי (ראו: [בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר](#) [20], בעמ' 966; [ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) [21]; [ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין](#) [22] וכן א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה [36], בעמ' 576). החלתה של חזקה זו בנסיבות המקרה מחזקת את המגמה העולה מן הפנייה לתכלית האובייקטיבית של החוק.

ג. בבג"צ 794/98 עובייד נ' שר הבטחון, פ"ד נח(5) 774, עת שבית המשפט העליון קבע כי לעותר זכות לביקורים ע"י הצלב האדום, נקבע, בעמ' 769, כלהלן:

"... מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו (השוו [בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון](#) [2], בעמ' 132). מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו. יפים לכאן דברים שנאמרו במקום אחר:

”מודעים אנו לכך כי פסק־דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה” (בג”ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל [3], בעמ’ 845).

ד. בבג”צ 4112/99 עדאללה מרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ עיריית תל-אביב-יפו, פ”ד נו(5) 393, עת שבית משפט העליון קבע כי הכיתוב בשלטי העיר תל-אביב-יפו אינו חוקי וכי כל שלט חדש ייכתב בעברית וערבית. באשר לשלטים הקיימים, ניתן למשיבה פרק זמן של שנתיים כדי לתקנם. וכך נקבע, בעמ’ 414, בהתייחסות לדין הבינלאומי:

”17. השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת. היא ביטוי לפלורליזם חברתי (ראו: D.F. Marshall, R.D. Gonzalez “Why We Should Be Concerned About Language Rights: Rights as Human Rights from an Ecological Perspective” [69] [69]. מכאן הגישה כי למיעוט עומדת הזכות לחופש הלשון (ראו: Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (No. 47/135, 18.12.1992, Art. 1(1)); Framework Convention for the Protection of National Minorities (Council of Europe, No. 157, 1.2.1995, Art. 14); European Charter for Regional or Minority Languages M. Tabory “Language Rights : בהרחבה: (1992); ראו עוד בהרחבה: (1992) as Human Rights” [70]).

ה. בבג"צ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, ציטט בית משפט העליון פסיקה בינלאומית והפנה לאמנות בינלאומיות כבסיס לפסק דינו. וכך נקבע, בעמ' 22 ואילך:

17" . השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת. היא ביטוי לפלורליזם חברתי (ראו: D.F. Marshall, R.D. Gonzalez "Why We Should Be Concerned About Language Rights: Rights as Human Rights from an Ecological Perspective" [69]). מכאן הגישה כי למיעוט עומדת הזכות לחופש הלשון (ראו: Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (No. 47/135, 18.12.1992, Art. 1(1)); Framework Convention for the Protection of National Minorities (Council of Europe, No. 157, 1.2.1995, Art. 14); European Charter for Regional or Minority Languages M. Tabory "Language Rights as : בהרחבה: (1992); ראו עוד בהרחבה: [70] "Human Rights").

ו. בבג"צ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, בית משפט העליון הפנה לאמנות בינלאומיות כבסיס למתן פסק דינו. וכך נקבע, בעמ' 213:

"בגדר אמצעים בסיסיים הנדרשים לרווחת הפרט נכללה זכות האדם לחינוך. זכות זו עוגנה בהצהרה האוניברסלית על זכויות האדם [22] של האו"ם מ-1948, הקובעת בסעיף 26 את זכותו של כל אדם לחינוך ומורה כי חינוך יינתן חינם, ובבחינת חובה, לפחות בשלבים הראשונים והיסודיים, כי החינוך הטכני והמקצועי יהיה מצוי לכול, החינוך הגבוה יהיה פתוח לכול במידה שווה על יסוד כישרון ויכולת וכי מטרות החינוך יכוונו לפיתוח מלא של אישיות האדם, לטיפוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות יסוד ולהגברת ההבנה, הסובלנות והידידות בין כל העמים

והקבוצות הדתיות והאתניות. מאז אמנה זו נחתמו לאורך השנים אמנות שונות נוספות אשר עיגנו במסגרתן את זכות האדם לחינוך: אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1966 (סעיף 13); האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד [23] מ-1952 (סעיף 2 לפרוטוקול מס' 1) וכך סעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד מ-1990. זכויות תרבותיות, ובתוכן הזכות לחינוך, הוכרו על-ידי המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי כקטגוריה הנכללת בין זכויות האדם (Y. [18] "Dinstein "Cultural Rights").

17. העותרים טוענים כי אין למשיב או למדינה כל "תשובה" או פתרון מעשי, לתופעה של מפגעים מתאבדים או של מבצעי פיגועים אחרים, כמו במקרה נשוא עתירה זו. כל עוד מדינת ישראל מסרבת לדבר עם אויביה ודוגלת, לרוב, בשפת הכוח, ואין קץ לסכסוך האין סופי הזה, יבוצעו מעשים כגון המעשה שבוצע על ידי בן משפחת העותר. השימוש בתקנה נועד להרגיע את דעת הקהל ולהצביע על פעולה מעשית שבוצעה ע"י מערכת הביטחון. אנו טוענים כי זהו שיקול פסול וזר.

סוף דבר

18. אנו מפנים לדברי בית המשפט העליון בבג"צ 6288/03 סעאדה ואח' נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2003(4), 404, עמ' 406:

"ואף על פי כן, ולמרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שרשה בעקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל לפיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (דברים כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705 - 706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב כא, א - יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט ע"א)."

כבוד השופט טירקל ממשיך וכותב:

“אולם, הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך.”

לעניין הסיפא של הציטוט לעיל, אנו מבקשים לומר כי כבר נעשה, למשך שנים כה רבות, שימוש בכוח כלפי הפלסטינים. אנו סבורים כי העובדה שפעולותיהם של חלק מתושבי המדינה מעוררים סלידה ואף יותר מזה לא צריכה להכתיב את פעולותיו של המשיב. בית המשפט הנכבד מתבקש להתערב ולרסן את המשיב הפועל כנציג של מדינה יהודית ודמוקרטית וליתן אות להמשך התפנית שהובילה לאי שימוש בתקנה 119 בעקבות הדיון בבג"צ 7733/04 המוזכר לעיל.

18. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצווים המבוקשים ולהופכם להחלטיים.

ירושלים, 25 נובמבר, 2014

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים

מוחמד מחמוד | עו"ד

ב"כ העותרים